

La facultad empresarial de selección de trabajadores afectados por un despido colectivo. Especial consideración a la prioridad de permanencia de las personas con discapacidad¹.

XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Comunicación presentada a la ponencia “Los derechos fundamentales inespecíficos en las relaciones colectivas de trabajo.” realizada por D. Ángel Blasco Pellicer.

David Gutiérrez Colominas²

Índice.

1.- Introducción: El despido colectivo como marco de actuación de la facultad empresarial de designación de trabajadores afectados. 2.- La facultad empresarial de selección de trabajadores afectados por un despido colectivo. 2.1.- Antecedentes normativos. 2.2.- Configuración actual de la facultad empresarial de selección de trabajadores afectados por un despido colectivo. 2.3.- Los límites a la facultad empresarial de selección de trabajadores afectados por un despido colectivo. 3.- La garantía de prioridad de permanencia en la empresa en caso de despido colectivo. 3.1.- Conceptualización general. 3.2.- La prioridad de permanencia de las personas con discapacidad en caso de despido colectivo. 4.- Conclusiones.

1.- Introducción: El despido colectivo como marco de actuación de la facultad empresarial de designación de trabajadores afectados.

El despido colectivo es una institución que, pese a su actualidad derivada del contexto de crisis económica actual, ha sufrido varias modificaciones en su régimen jurídico, cuyo objetivo parte de una voluntad europea de reforzar la protección de los trabajadores, trasladando un marco jurídico de mínimos a los Estados Miembros.

La primera norma europea exclusiva³ encaminada a armonizar las legislaciones de los Estados Miembros fue la Directiva 75/129/CEE, de 17 de Febrero de 1975 referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a los despidos colectivos (en adelante, Directiva 75/129). Su génesis surge de la *primera crisis del petróleo, que originó la elaboración del Primer Programa de Acción Social (1974-1976)*⁴ y obedecía a una lógica finalidad protectora del mercado común⁵,

¹ La presente comunicación se presenta en el marco del proyecto de investigación I+D DER 2010-15855 (subprograma JURI), *Análisis jurídico-laboral de la Estrategia Global de Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012*, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y desarrollado por diversos profesores de la unidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Barcelona.

² Abogado en ejercicio y Doctorando de la Universidad Autónoma de Barcelona. david.gutierrezco@e-campus.uab.cat

³ Si bien es cierto que dicha directiva define de forma exclusiva las líneas maestras en relación al despido colectivo, también han existido otras disposiciones básicas que guardan relación con cuestiones estrechamente vinculadas a los despidos colectivos. Por ejemplo, la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, o la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.

⁴ Vid. Segoviano Astaburuaga, M.L. “El despido colectivo: Revisión ante la jurisdicción social” en Castell Valldosera, L. (Coord.) *Crisis económica y Derecho del Trabajo*. Editorial Bomaizo, Albacete, 2011, pág. 48 *in fine*.

⁵ En este sentido, véase el considerando tercero de la Directiva 75/129/CEE, que identifica la preocupación del legislador europeo en torno a las connotaciones que, sobre el funcionamiento del mercado común, pueden derivarse de las diferencias existentes en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en materia de despidos colectivos.

inspirada en otros instrumentos internacionales⁶, pues las consecuencias de calado europeo que sobre el empleo presentan ciertas operaciones de reestructuración empresariales aconsejaban una actuación armonizadora. Posteriormente, la citada directiva se modificó por la Directiva 92/56 CEE del Consejo de 24 de junio de 1992 por la que se modifica la Directiva 75/129/CEE referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos de 24 de Junio, que a su vez se codificó en la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de Julio de 1998, relativa a las aproximaciones de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a los despidos colectivos (en adelante, Directiva 98/59), cambios encaminados a extender la aplicación de ésta a las extinciones colectivas resultantes del cese de actividades declaradas judicialmente o ampliar las obligaciones del empresario en materia de información y consulta a los representantes de los trabajadores, entre otras.

A nivel español, la redacción del artículo 51 del RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (BOE de 29 de marzo), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, TRLET) ha pasado por diversos estadios. Desde su entrada en vigor, esto es, el 1 de Mayo de 1995, diez⁷ han sido las modificaciones que ha sufrido el citado artículo. No es objeto de esta comunicación analizar pormenorizadamente los cambios que ha sufrido dicho artículo, pero sí que interesa señalar que los cambios de mayor entidad que ha sufrido esta institución se sitúan temporalmente en 2010⁸ y en 2012⁹. Ambas modificaciones comparten un nexo de unión: se han incardinado en la consolidación de una tendencia que pretende facilitar la facultad de extinción de la relación laboral al empresario, ya sea a través de la reducción del *quantum* de la indemnización prevista legalmente, la eliminación de requisitos constitutivos de la decisión extintiva como la exigencia de autorización administrativa o bien mediante la transformación de la autoridad laboral en una mera recomendadora única y exclusivamente sobre el periodo de consultas.

Como puede observarse, el tratamiento legislativo de las extinciones colectivas en nuestro ordenamiento jurídico no se halla alineado con las pretensiones del legislador europeo, que persigue la instrumentación de contrapesos¹⁰ a la facultad de extinción de contratos de trabajo. En este sentido, el legislador ha priorizado la autonomía privada

⁶ La línea seguida por la citada directiva es tributaria de las previsiones del Convenio de la OIT número 158 sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador y de la Recomendación número 166 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, tal y como ya señaló en su momento Monereo Pérez, J.L. *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*. Editorial Civitas. Madrid, 1994, pág. 37.

⁷ La redacción de las distintas modificaciones del mencionado artículo pueden hallarse en la página web del Boletín Oficial del Estado, accediendo al Documento consolidado: BOE-A-1995-7730 (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-7730&p=20140301&tn=1#a51>)

⁸ La aprobación de la Ley 35/2010, de 17 de Septiembre (BOE de 18 de Septiembre), de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo modificó el enfoque causalizador del despido colectivo. Desde la entrada en vigor de ésta, la finalidad de las extinciones pasó de ser la superación de situaciones económicas negativas a una mera contribución de solución a la crisis que no ha de ser una solución suficiente ni definitiva. Para un análisis en profundidad, véase Del Rey Guanter, S. “El despido por causas empresariales en la Ley 35/2010: los nuevos artículos 51 y 52 c) del ET”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2010, págs. 203-219; Desdentado Bonete, A. y De la Puebla Pinilla, A.M. “La reforma del despido en la Ley 35/2010” en Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. (Coord.), *La reforma del mercado de trabajo y la Ley 35/2010*. Editorial La Ley, Madrid, 2011, págs. 65-115; Toscani Giménez, D. “El despido por necesidades empresariales tras la ley 35/2010”, *Documentación laboral*, núm. 90, 2010, págs. 83-120, entre muchos otros.

⁹ El RDL 3/2012, de 10 de Febrero (BOE de 11 de Febrero), de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (En adelante, RDL 3/2012), transformado mediante el correspondiente trámite parlamentario en la Ley 3/2012, de 6 de Julio (BOE de 7 de julio), supuso un antes y un después en la configuración legal del despido colectivo. La eliminación del requisito de la autorización administrativa, junto con una construcción de las causas objetivas que huye de una valoración proporcional y razonable de las mismas, ha trasladado la facultad y ejecución de la decisión al empresario.

del empresario en el marco de los despidos colectivos, lo que ha significado que hayan adquirido importancia circunstancias de carácter formal que, con anterioridad, pasaban inadvertidas, tales como la importancia del desarrollo del periodo de consultas¹¹, el ámbito de afectación del despido colectivo cuando existe grupo de empresas¹², la falta de legitimación de los representantes de los trabajadores en el proceso negociador¹³ o el incumplimiento de exigencias documentales¹⁴.

No obstante, los criterios de selección de los trabajadores y las prioridades de permanencia de ciertos colectivos, cuestiones que constituyen dos caras de la misma moneda, han asumido una gran trascendencia en los despidos colectivos tras la última reforma laboral de 2012. Su importancia se justifica en que *no es solo una exigencia formal destinada a garantizar la buena fe negocial, sino un presupuesto imprescindible para apreciar la adecuada justificación de los despidos, puesto que está directamente relacionado con el fondo de la decisión extintiva*¹⁵. Su examen en el informe que debe remitirse a la Inspección de trabajo y de la Seguridad Social y su constitución como núcleo duro de negociación durante el periodo de consultas las convierten en uno de los puntos de mayor discusión en el marco de la decisión empresarial. Si a ello le sumamos la recientemente incorporada¹⁶ posibilidad de extender, mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas, el establecimiento de prioridades de permanencia a favor de colectivos distintos a los representantes de los trabajadores, la

¹⁰ Véase las obligaciones de información y consulta a los representantes de los trabajadores con vistas de llegar a un acuerdo y la puesta a disposición de documentación que justifique distintos extremos de la decisión extintiva (motivos de ésta, número y categorías de trabajadores empleados habitualmente y de aquellos que van a ser despedidos y el periodo previsto para efectuar los despidos), obligaciones éstas previstas en el artículo 2 de la Directiva 98/59.

¹¹ Para un estudio en profundidad, véase Folguera Crespo, J.A., “Periodo de consultas y despido colectivo. La STS de 20 de Marzo de 2013” *Diario La Ley* núm. 8089, 2013; García Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J., “Despidos colectivos y negociación de buena fe: los límites de la inamovilidad de las posiciones empresariales durante el periodo de consultas” *Justicia laboral: Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 52, 2012, págs. 3-8; Soriano Cortés, D. “Despido colectivo nulo por fraude de ley en el periodo de consultas en un centro de trabajo”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal* vol. 5, núm. 9, 2013, págs. 297-303; entre otros.

¹² Para más detalles respecto a esta cuestión, véase Jiménez Rojas, F. “La nulidad del despido colectivo por defectos de forma y su conexión con el grupo de empresas” *Aranzadi Social: Revista doctrinal*, vol. 5, núm. 9, 2013, págs. 305-324; Apilluelo Martín, M., “Grupo de empresas y despido colectivo” *Aranzadi Social: Revista Doctrinal* vol. 5, núm. 11, 2013, págs. 36-46; Ginés Fabrellas, A., “Despidos colectivos por causas económicas en grupos de empresas”, *Aranzadi Social: Revista doctrinal* vol. 6, núm. 8, 2013; Molins García-Atance, J., “Los grupos de empresas con responsabilidad laboral y las irregularidades en el periodo de consultas del despido colectivo” *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 5, núm. 10, 2013, págs. 165-172, entre otros.

¹³ Un reciente análisis sobre la cuestión puede hallarse en Gutiérrez Pérez, M. “La flexibilidad interna y externa negociada: el papel de los representantes de los trabajadores en materia de movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, descuelgue salarial y despido colectivo” en Gorelli Hernández, J. (Coord.) y Marín Alonso, I. (Coord.): *El nuevo derecho de la negociación colectiva: actualizado tras la ley 3/2012*. Editorial Tecnos, Madrid, 2013, págs. 221-246.

¹⁴ Un exhaustivo examen lo realizan De La Puebla Pinilla, A. “Exigencias documentales en el despido colectivo: del RDL 3/2012 a la Ley 3/2012. STSJ Madrid 30 Mayo 2012 (AS 2012,1672)” *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 5, núm. 7, 2012, págs. 75-81; Ballester Laguna, F., *La impugnación del despido colectivo*. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013; Mercader Uguina, J.R. y De La Puebla Pinilla, A.M. *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013, págs. 62-97; Gutiérrez Colominas, D., *La nulidad del despido colectivo por el incumplimiento de exigencias documentales: La problemática derivada de la falta de entrega de la documentación prevista en el artículo 51.2 TRLET*, comunicación presentada en las XXV Jornadas Catalanas de Derecho social, celebradas en Bellaterra (Barcelona), 20 y 21 de Febrero de 2014, entre otros.

¹⁵ Vid. Roqueta Buj, R. “Los despidos colectivos en el sector público: causas y procedimiento”, *Documentación laboral* núm. 97, Vol. I, 2013, pag. 116, que cita a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala Social, Sección 1) núm. 13/2012 de 23 de Mayo (Rec. 10/2012) y a la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala Social, Sección 1) de 15 de Octubre de 2012 (Rec. 162/2012)

¹⁶ El artículo 18.3 RDL 3/2012 ha plasmado una atípica modificación del artículo 51.5 TRLET, que en puridad es un añadido a la anterior redacción del artículo 51.7 TRLET, pues por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico se permite la posibilidad de fijar prioridades de permanencia a través de acuerdos alcanzados en el periodo de consultas.

importancia de su consideración y la exigencia de su análisis es, a todas luces, una cuestión absolutamente necesaria.

Es por ello que la presente comunicación pretende analizar la configuración actual de la facultad empresarial de selección de trabajadores afectados por un despido colectivo, examinando para ello sus antecedentes normativos, la caracterización actual de la citada potestad y sus límites. Asimismo, también se estudiarán la significación de las prioridades de permanencia en las empresas sometidas a despido colectivo, garantía ésta capital en nuestro ordenamiento jurídico, con especial consideración respecto a la afectación del marco actual de dicha garantía sobre las personas con discapacidad.

2.- La facultad empresarial de selección de trabajadores afectados por un despido colectivo.

2.1.- Antecedentes normativos.

La selección de aquellos trabajadores afectados por un despido colectivo ha sido una cuestión a la que el legislador español le prestó atención durante un tiempo, a través de la plasmación normativa de un criterio general de selección de trabajadores afectados y límites cristalizados en prioridades de permanencia cuyo objeto eran diversos colectivos requeridos de especial protección. En este sentido, el criterio general que orientaba la citada facultad a ejercer por el empresario era, en cada categoría profesional, el orden inverso al de la antigüedad en la empresa¹⁷. En cuanto a los colectivos especialmente amparados, se confirió especial protección a aquellos trabajadores que desempeñaban cargos electivos de origen sindical¹⁸, trabajadores mayores de cuarenta y cinco años¹⁹, padres de familia numerosa y sus cónyuges²⁰, y personas con discapacidad²¹.

¹⁷ El artículo 15 del Decreto 3090/1972, de 2 de Noviembre (BOE de 15 de noviembre), sobre política de empleo así lo establece, excepcionando tal disposición normativa en casos en los que concurran circunstancias especiales debidamente fundamentadas, y siempre y cuando lo autorizara la Autoridad Laboral previa audiencia a la Organización Sindical. En este sentido, la excepción más común era el caso trabajadores mayores de 55 años, fundamentalmente por dos razones: a) menor perjuicio del trabajador por la proximidad a la edad de jubilación; y b) evitar el envejecimiento de la plantilla, tal y como señaló en su momento Valdés Dal-Re, F. “La designación de los trabajadores afectados por despidos económicos: el laberinto de la desregulación” *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 1999, pág. 85. El mismo autor también identifica como otras circunstancias especiales admitidas *aquellas de carácter estrictamente productivo, vinculadas a la especialización profesional*, *Ibíd.*, pág. 85.

¹⁸ El artículo 9.1 de los Decretos 1384/1966, de 2 de junio (BOE de 14 de junio), y 1878/1971, de 23 de julio (BOE de 13 de agosto), por los que se regula el régimen de garantías de los trabajadores que desempeñan cargos electivos de origen sindical prevén un régimen instrumental la prioridad de permanencia, entre otras garantías, *para permitir el desarrollo de esas funciones con autenticidad, libertad, independencia y responsabilidad*, tal y como refleja la exposición de motivos de las citadas normas.

¹⁹ El artículo 3 del Decreto 1293/1970, de 23 de Abril (BOE de 8 de mayo), sobre el empleo de mayores de cuarenta y cinco años, estipula una prioridad de permanencia a todos los trabajadores mayores de cuarenta y cinco años, respecto a los demás trabajadores, de forma cuasi absoluta, pues el propio precepto así lo dispone a través de la mención *cualquiera que sean las circunstancias de los demás trabajadores*. Sin embargo, el legislador instrumenta un sistema jerarquizado subsidiario de permanencia para aquellos casos en los que irremediamente deba despedirse a trabajadores del citado colectivo. En este sentido, los factores que se plasman a consideración, de mayor a menor importancia, son la mayor edad del trabajador, la antigüedad en la empresa y las cargas familiares.

²⁰ El párrafo tercero del artículo 9 de la Ley 25/1971, de 19 de Junio (BOE de 24 de junio), de Protección de las familias numerosas instrumenta una especial protección dentro de su especialidad y categoría a los cabeza de familia numerosas y sus cónyuges.

²¹ El Decreto 2531/1970, de 22 de agosto (BOE de 15 de septiembre) sobre empleo de trabajadores de minusválidos no contiene *stricto sensu* una instrumentación de prioridad de permanencia respecto a personas con discapacidad. Más bien, el artículo 13 de la citada norma prevé la preferencia absoluta de reincorporación cuando el trabajador con discapacidad obtenga la plena recuperación funcional. No obstante, el carácter tuitivo e integrador del empleo de las personas con discapacidad queda patente mediante la instrumentación de la cuota de reserva del 2 por ciento para aquellas empresas de más de 50 trabajadores (Artículo 11) y los incentivos a las empresas que contrataren personas con discapacidad en proporción superior exigida en relación a la cuota de reserva (Artículo 16).

La evidente dispersión normativa y deslocalización temporal a la que se hallaba sometida esta materia originó la necesidad de aglutinar en un texto normativo el criterio general limitativo y los colectivos que gozaban de la garantía de prioridad de permanencia, *pues la ausencia de un orden de prelación en caso de concurrencia entre las distintas preferencias de permanencia [...] dificultó, no obstante, la aplicación concreta del sistema*²². En consecuencia, se promulgó el Decreto 2487/1974, de 20 de Julio (BOE de 11 de Septiembre) por el que se da nueva redacción al artículo 15 del Decreto 3090/1972, de 2 de Noviembre, sobre política de empleo, que obedecía a la *necesidad de dar precisión y claridad a (un) tema tan importante como es el de la permanencia en plantilla de los trabajadores afectados por un procedimiento de regulación de empleo*²³. La citada norma establece un criterio general de selección de trabajadores afectados, en los términos ya señalados anteriormente, esto es, por orden inverso al de antigüedad en la empresa, y en caso de coincidencia de trabajadores encuadrados en colectivos con prioridades de permanencia, se estableció la siguiente prelación: a) Representantes de los trabajadores; b) trabajadores con discapacidad; c) titulares de familia numerosa; d) trabajadores mayores de cuarenta años; y e) antigüedad en la empresa. Esta tendencia, marcadamente garantista, se mantuvo con la aprobación del Real Decreto 17/1977, de 4 de Marzo (BOE de 9 de marzo) sobre relaciones de trabajo, cuyo artículo 13.2 mantenía la citada garantía para los colectivos referenciados anteriormente. .

El gran cambio llegó con la entrada en vigor de la Ley 8/1980, de 10 de Marzo (BOE de 14 de Marzo) del Estatuto de los Trabajadores, cuyo artículo 51.9 eliminó de un plumazo las preferencias de permanencia a favor de todos los colectivos citados anteriormente, salvo las previstas para los representantes de los trabajadores. Sin perjuicio de que tal decisión legislativa no estuvo exenta de debate doctrinal²⁴, la realidad fue que la doctrina científica más cualificada²⁵ coincidió en que este cambio de orientación del legislador confirmó una amplísima discrecionalidad al empresario para la designación de los trabajadores afectados por despidos colectivos.

Este planteamiento se ha mantenido vigente hasta la aprobación del artículo 18.3 del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de Febrero (BOE de 11 de febrero) de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que mantiene como único colectivo con prioridad de permanencia en caso de despido colectivo a los representantes legales de los trabajadores, y además, añade la posibilidad de establecer, mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas, prioridades de permanencia a favor de otros colectivos. Esta modificación legislativa cambia las reglas del juego y traslada a los agentes sociales la posibilidad/responsabilidad de establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos.

²² Vid. Valdés Dal-Re, F. "La designación de los trabajadores..." *op cit.*, pág. 85.

²³ Véase la exposición de motivos del ya citado decreto 2487/1974, de 20 de Julio.

²⁴ Un excelente recopilatorio de las distintas posiciones doctrinales manifestadas al respecto pueden hallarse en M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, "La selección de los trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo y su control (I)" *Relaciones laborales*, Tomo I, 1989, pág. 29-30.

²⁵ En este sentido, M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer señala en *Ibid.*, pág. 31, que "*La tesis que va apareciendo como dominante, de no vigencia de los criterios que establecía la Ley de Relaciones Laborales, supone transformar una decisión reglada en una decisión discrecional, ampliando muy notablemente el margen de apreciación empresarial [...]*". Y en la misma dirección, F. Valdés Dal-Re identifica en "La designación de los trabajadores..." *op. cit.*, pág. 86, que "*El ET, en suma, llevará a cabo una desregulación en la determinación individualizada de los trabajadores afectados por despidos causados por razones de carácter económico, poniendo en manos del empresario, en cuanto manifestación de sus poderes de organización, la decisión de seleccionar nominativamente a los trabajadores que deban cesar en su prestación laboral, de entre los varios que se encuentren en la misma situación.*"

Por lo tanto, la reflexión que podemos extraer del análisis de la evolución en esta materia es que el margen de protección de trabajadores incardinados en colectivos que requieren especial protección ha sufrido una serie de vaivenes que, al final del día, han disminuido su tutela respecto a la decisión extintiva de carácter colectivo.

2.2.- Configuración actual de la facultad empresarial de selección de trabajadores afectados por un despido colectivo.

La designación de los trabajadores afectados por una extinción contractual colectiva corresponde al empresario, incardinada como manifestación del poder de dirección que prevé el artículo 20 TRLET. Ello significa que será el empresario quien ostentará la facultad de plasmar los criterios objetivos que permitirán determinar qué contratos de trabajo se extinguirán, criterios éstos que podrán ser discutidos en el periodo de consultas por los representantes de los trabajadores. En este sentido, no se establecen legalmente los criterios de selección que debe tener en cuenta el empresario para determinar los trabajadores afectados por un despido colectivo, pero si que se prevén límites que acotan el ejercicio lícito del citado poder empresarial. Por lo tanto, nos encontramos ante una facultad que no es discrecional, sin perjuicio de su revisión por los órganos judiciales en los casos previstos en el artículo 124.2 de la Ley 36/2011, de 10 de Octubre (BOE de 11 de Octubre) reguladora de la jurisdicción social²⁶ (en adelante, LRJS)

En este orden de cosas, la primera nota configuradora de la ya citada facultad empresarial es su naturaleza de carácter eminentemente formal. La exigencia de su constatación en la comunicación de apertura del periodo de consultas, según lo previsto en el artículo 51.2.e TRLET y el artículo 3.1.e del RD 1483/2012, de 29 de octubre (BOE de 30 de octubre) por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (en adelante, RD 1483/2012), que anuda a su incumplimiento la nulidad de la decisión extintiva *ex* artículo 124.11 LRJS, refleja que la facultad empresarial de designación de trabajadores afectados por despido colectivo se halla sometida a formalidades que pueden anular la decisión empresarial en sede judicial. La razón por la que se ha asociado tal consecuencia a un incumplimiento formal se debe, tal y como ha señalado por la doctrina judicial²⁷, a que impide que el periodo de consultas alcance sus fines y que los

²⁶ Los supuestos que se prevén son: a) No concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita.; b) Que no se haya realizado el periodo de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 TRLET o no se haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal; c) Que la decisión extintiva se haya adoptado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho; d) Que la decisión extintiva se haya efectuado vulnerando derechos fundamentales y libertades públicas.

²⁷ Numerosísimas son las sentencias que, desde la reforma laboral de 2012, han definido la importancia del periodo de consultas. En este sentido, véase, en sede de casación, Tribunal Supremo (Sala Social, Sección 1ª) de 16 de Noviembre de 2012 (Recurso 236/2011); Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Social, Sección 1) de 20 de Marzo de 2013 (Recurso 81/2012) y Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Social, Sección 1) de 27 de Mayo de 2013 (Recurso 78/2012); y como jurisprudencia “menor”, las siguientes: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala Social, Sección 2) núm. 542/2012 de 11 de Julio (Rec. 32/2012), F.D. IX; Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala Social, Sección 1) núm. 90/2012, de 25 de Julio (Rec. 109/2012) F.D. III; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco (Sala Social, Sección 1) núm. 2980/2012, de 11 de Diciembre (Rec. 19/2012); Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha (Sala Social, Sección 1) núm. 114/2013 de 28 de Enero (Rec. 18/2012) F.D. III; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala Social, Sección 1) núm. 475/2013 de 13 de Febrero (Rec. 3/2012), F.D. IV; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala Social, Sección 1) núm. 642/2013 de 12 de Marzo (Rec. 5/2013) F.D. V que cita a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco (Sala Social) núm. 2980/2012, de 11 de Diciembre (Proc. 19/2012) y a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala Social) núm. 15/2012, de 13 de Junio (Rec. 11/2012); Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala Social, Sección 1) núm. 920/2013, de 23 de Abril (Rec. 4/2013), F.D. VII; Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala Social, Sección 1) núm. 113/2013, de 4 de Junio (Rec. 1/2013), F.D. III; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala Social, Sección 1) núm. 1053/2013, de 4 de Junio (Rec. 9/2013), F.D. VIII; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala

representantes de los trabajadores puedan evitar o reducir los efectos de la decisión empresarial.

A ello, debe sumársele que los criterios de designación de trabajadores actúan como presupuesto imprescindible para apreciar la adecuada justificación de la decisión extintiva desde un punto de vista causal, tal y como ha afirmado la doctrina judicial²⁸, ya que el legislador ha identificado la concurrencia de la causa con la comprobación de unos hechos que permitan ajustar la plantilla a la coyuntura de la empresa. Tal hecho otorga una importancia capital a los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido en relación a la valoración de la procedencia o improcedencia de la decisión, toda vez debe existir una correlación entre los contratos a extinguir y las consecuencias que la causa origina sobre éstos. En este sentido, el margen de decisión empresarial no requiere *ab initio* la determinación individualizada de los trabajadores afectados. Es evidente que la plasmación de los criterios de selección determinará a qué trabajadores afecta la decisión, y será la empresa quien formalice dicha decisión, pero no es requisito indispensable una designación nominativa de trabajadores afectados²⁹. Tan solo bastara que el empresario especifique los criterios objetivos y razonables tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados, mandato éste que se intensifica si se trata de un despido colectivo realizado en el sector público³⁰, al que se acompañaran al número de trabajadores afectados y sus categorías para proceder a la concreta determinación de las personas afectadas por la decisión empresarial. En particular, el juicio de razonabilidad entre los criterios plasmados en la comunicación de inicio del periodo de consultas, las causas concurrentes y los trabajadores a los que finalmente afectará la decisión extintiva corresponde al poder judicial³¹, el cual valorará que la comunicación primigenia proporcione a los representantes de los trabajadores un conocimiento claro y suficiente de los criterios de designación, a fin y efecto de que puedan proponer su corrección u otros criterios de forma alternativa, sin que sean admisibles pautas generales e imprecisas por no permitir que los representantes de los trabajadores puedan reducir el número de despidos y atenuar sus consecuencias.

No cabe duda, pues, de que el legislador ha impregnado un carácter formal a la determinación de los criterios de selección de los trabajadores, que actúa como garantía del procedimiento, y se convierte en un mecanismo que convalida la eficacia de la decisión extintiva por su estrecha conexión con las causas que dan lugar al despido.

Social, Sección 1) núm. 15/2012 de 13 de Junio (Recurso núm. 11/2012), F.D. IV, entre otras.

²⁸ Especialmente ilustrativas al respecto son: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 601/2012, de 25 de Junio (AS 2012\1773), F.D. XVII; Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 91/2012, de 26 de Julio (Rec. 124/2012), F.D. VII ; Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 112/2012, de 15 de Octubre (Proc. 162/2012), F.D. VII; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 351/2012 (Rec. 340/2012) de 19 de Octubre; Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 142/2012 (Rec. 167/2012), F.D. V.

²⁹ Es más, la doctrina judicial no ha admitido una individualización empresarial de los trabajadores, mediante su identificación nominal. Especialmente ilustrativa es, al respecto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco (Sala Social, Sección 1ª) núm. 2980/2012, de 11 de Diciembre (Rec. 19/2012), F.D. IV.

³⁰ Así lo ha señalado Rodríguez Escanciano, S. “Los despidos colectivos en la Administración Pública” en Púmar Beltrán, N. (Coord.) *La flexibilidad interna y los despidos colectivos en el sistema español de relaciones laborales*. Editorial Huygens, Barcelona, 2014, pág. 150 que recuerda que “no cabe olvidar que nuestro ordenamiento jurídico es muy cauteloso cuando se enfrenta a decisiones administrativas que se toman ad personam.” máxime cuando “[...] se produce un cambio en la tendencia política [...] lo cual exige un cumplimiento escrupuloso del principio de objetividad a la hora de seleccionar a los trabajadores afectados”

³¹ Debe recordarse que la competencia objetiva en los procesos de despido colectivo impugnados por los representantes de los trabajadores corresponde a los Tribunales Superiores de Justicia si el ámbito de afectación de la decisión se circunscribe a una Comunidad autónoma (Art. 7.a segundo párrafo LRJS) o bien a la Audiencia Nacional si sus efectos se extienden más allá del ámbito de una Comunidad autónoma (Art. 8.1 segundo párrafo LRJS). No obstante, si la extinción contractual es impugnada de forma individual por el trabajador/a, la competencia objetiva corresponderá al Juzgado de lo Social con las previsiones contempladas en los artículos 120 a 123 LRJS y las especialidades previstas en el artículo 124.13 LRJS.

La segunda característica de interés es su naturaleza claramente variable. El legislador exige que, en la comunicación de inicio del periodo de consultas, se determinen cuales serán los criterios de designación de los trabajadores afectados. Esta precisión, incardinada en un momento previo a la eficacia constitutiva del despido, sumado a la finalidad propia del periodo de consultas, que no es otra que *evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias*³², configura la citada facultad empresarial como una potestad sujeta a discusión, y en consecuencia, a variaciones durante el periodo de consultas, pues se halla condicionada a las propuestas y contrapropuestas que planteen los representantes de los trabajadores.

No obstante, las variaciones durante el periodo de consultas serán supervisadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social mediante el informe que previsto en el artículo 11 RD 1483/2012. Este informe se encargará de verificar *que los criterios utilizados para la designación de los trabajadores afectados por el despido no resultan discriminatorios por los motivos contemplados en el artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores*, con lo cual se vigila y acota las oscilaciones de la actuación empresarial, a fin y efecto de eliminar cualquier sesgo de arbitrariedad que pudiera impregnar la decisión extintiva.

A ello, se la ha de sumar la reciente y atípica posibilidad que ha incluido el legislador en nuestro ordenamiento jurídico, consistente en posibilitar el establecimiento de prioridades de permanencia a favor de colectivos distintos al de representantes de los trabajadores mediante acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas o convenio colectivo. La ampliación de posibilidades que supone permitir la negociación de prioridades de permanencia en un periodo de consultas acentúa aún más la naturaleza variable y dinámica que se ha descrito anteriormente y se constituye como un salvavidas para aquellos colectivos de trabajadores que, sin protección legal conferida en supuestos de despido colectivo, requieren una especial protección por las dificultades que padecen en materia de inserción laboral. No obstante, traslada la responsabilidad de su negociación al banco social, sin ofrecerle ninguna facilidad al respecto³³, lo cual requiere un esfuerzo negociador extra que, atendiendo a su novedad, está por ver si será efectivo en la práctica.

El tercer y último rasgo caracterizador de la facultad empresarial analizada es, como ya se ha avanzado, su naturaleza limitada. El legislador ha querido plasmar una potestad que, si bien pertenece al ámbito organizador del empresario, no se constituye como absoluta, pues se ha sometido a distintos límites que evitan un ejercicio arbitrario de la ya citada facultad. Sin perjuicio del análisis pormenorizado de los límites a la facultad empresarial objeto de estudio que se realizará en el apartado siguiente, conviene avanzar que la limitación de la potestad obedece a una finalidad objetivadora de la determinación de los trabajadores afectados. En efecto, se pretende eliminar cualquier indicio de motivaciones arbitrarias que justifiquen los trabajadores afectados por despidos colectivos a través de la plasmación de un criterio de razonabilidad entre las causas que motivan el despido y la concreción de qué trabajadores serán afectados. De esta forma, el campo de actuación en el que el empresario podrá ejercer la facultad de designación de trabajadores afectados estará condicionado por aquellas razones que motivan la decisión extintiva, y que a su vez, le limitarán en el margen de decisión.

³² Véase artículo 2.2 de la Directiva 98/59.

³³ Entre las posibilidades que el legislador podría incluir se hallan la obligación de establecer prioridades de permanencia o, como mínimo, incluirlas como objeto de discusión obligatorio en sede consultiva en aquellos casos en los que ciertos colectivos tengan una presencia mayor de la habitual en la plantilla empresarial, o bien incrementar el papel de la autoridad laboral mediante una actuación protectora de tales colectivos, debiendo autorizar los criterios de designación que finalmente se acuerden al final del periodo de consultas, a fin y efecto de garantizar una protección efectiva de colectivos que requieren especial protección.

2.3.- Los límites a la facultad empresarial de selección de trabajadores afectados por un despido colectivo

La designación de aquellos trabajadores afectados por una extinción contractual colectiva, como manifestación incardinada en el poder de dirección del empresario, no es una potestad absoluta, y por lo tanto, su ejercicio se halla sometido a límites. Los mecanismos que el legislador ha instrumentado para su control parten de la premisa de que *el Derecho del trabajo dedica la mayor parte de sus normas a reconocer derechos de los trabajadores, que operan lógicamente como límites al poder de los empresarios; el respeto de estos límites determina la regularidad del ejercicio del poder*³⁴, y por lo tanto, *el empresario deberá respetar en el ejercicio de su poder de dirección [...] la <<zona de imposición>> del derecho necesario, tanto absoluto como relativo*³⁵.

Dicho esto, el primero de los límites obedece a un plano causal u objetivo. Si bien es cierto que la reforma laboral de 2012 ha plasmado una concepción de las causas de despido que limita su valoración a meros hechos, tales como las pérdidas o el descenso de ingresos entre otros, no es menos cierto que la jurisprudencia³⁶ exige para la justificación del despido la conexión de funcionalidad o instrumentalidad entre la medida extintiva y la finalidad que se le asigna, entre otros. Ello significa que la designación de los trabajadores afectados debe encajar con la causa objetiva concurrente que motiva la decisión extintiva, la cual determinará el ámbito de afectación³⁷ que permitirá al empresario la designación de aquella parcela empresarial afectada, así como los criterios objetivos y razonables que desembocarán en la determinación de los trabajadores afectados por la decisión extintiva. Por lo tanto, la decisión empresarial estará condicionada por las causas, que obligarán al empresario a fijar criterios de designación objetivos y razonables, y en consecuencia, se reduce el margen de arbitrariedad inherente a dicha facultad.

El segundo límite al que se enfrenta la citada facultad son las limitaciones previstas normativamente, y lo constituyen *fuentes varias*³⁸: *la Constitución y la ley, los reglamentos y convenios colectivos, el contrato de trabajo* y los acuerdos en periodos de consultas que fijen prioridades de permanencia a favor de colectivos específicos³⁹. No

³⁴ Vid. Montoya Melgar, A., “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales” Cidoncha Martín, A., *La libertad de empresa*. Editorial Civitas, Madrid, 2006, pág. 29-30.

³⁵ Vid. *Ibid.* pág. 33.

³⁶ Véase las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 14 de Junio de 1996 (Rec. 3099/1995) y de 29 de Septiembre de 2008 (Rec. 1659/2007), línea jurisprudencial ésta que, pese a los años transcurridos, sigue aplicándose por los tribunales, como muy indica la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 112/2012 de 15 de octubre (Proc. 162/2012) F.D. VII.

³⁷ No conviene olvidar que la facultad empresarial de designación de los trabajadores afectados solo tiene sentido cuando no se produzca el cierre total empresarial, ya que en tal caso no existe selección de trabajadores afectados, tal y como se ha señalado por Valdés Dal-Re, F. “La designación de los trabajadores...” *op. cit.*, pág. 91 y Blasco Pellicer, A., *Los expedientes de regulación de empleo*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2009. pág. 112.

³⁸ Vid. Montoya Melgar, A. “Libertad de empresa y poder de dirección...” *op. cit.*, pág. 34.

³⁹ La reforma laboral de 2012 ha puesto sobre la mesa de nuevo el debate sobre la naturaleza jurídica de estos acuerdos. Se trata de una cuestión que no ha sido pacífica en la doctrina científica y de ahí la diferenciación de estos acuerdos como categoría separada respecto a las demás. Para un mayor detalle de este debate, véase Alfonso Mellado, C., Pedrajas Moreno, A. y Sala Franco, T. “Los pactos o acuerdos de empresa: naturaleza y régimen jurídico”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica* núm. 1, 1995, pág. 1390-1394; Blasco Pellicer, A. *Los expedientes de regulación...*, *op. cit.*, pág. 179-185; Elorza Guerrero, F. *Los acuerdos de empresa en el Estatuto de los Trabajadores*. CES, Madrid, 2000; Gorelli Hernández, J. *Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral*. Civitas, Madrid, 1999. Una visión más reciente sobre esta cuestión, que por razones de espacio no se tratará, puede hallarse en la ponencia presentada por Baró Falguera, M.A. en las XXVI Jornadas de estudio sobre Negociación Colectiva, en Madrid el pasado día 21 de Noviembre de 2013, titulada *El acuerdo en el período de consultas*, la cual se halla disponible en formato electrónico en la siguiente web: http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccnc/G_Noticias/Jornadas/CCNCC_XXVI_Jornadas_Ponencia_3_Miguel_Falguera.pdf

obstante, por cuestiones de espacio, las reflexiones acerca de este límite se ceñirán a aquellas limitaciones a la citada facultad que mayores problemas presentan en la práctica, que son las derivadas del primer grupo, esto es, la constitución y la ley.

Desde un punto de vista constitucional, el conflicto entre el derecho al trabajo (Art. 35 de la Constitución Española [BOE de 29 de Diciembre de 1978], en adelante C.E.) y la libertad de empresa (Art. 38 C.E.), sumado a los derechos fundamentales inespecíficos que pueden verse involucrados fruto de una decisión extintiva, dibujan un escenario que no parece tener una solución pacífica. En este sentido, el precepto que más habitualmente entra en conflicto con la citada facultad es el artículo 14 C.E. ya que la selección de trabajadores afectados puede obedecer a móviles discriminatorios en multitud de situaciones⁴⁰. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha incluido dentro del contenido del derecho al trabajo la protección frente al despido, tal y como afirma la doctrina científica⁴¹, lo cual conectado con el principio de no discriminación, exige una cierta cautela en la selección de trabajadores afectados por despido colectivo, en aras a mantener una cierta estabilidad en el empleo. Así, no se trata de caracterizar la decisión extintiva del empresario como *ultima ratio*, sino de entender que, ante la inexistencia de una específica intervención normativa que delimite las facultades empresariales, la designación de los trabajadores deba llevarse a cabo sin menoscabar derechos fundamentales de los trabajadores.

Paralelamente, las mayores limitaciones impuestas al empresario para el ejercicio de la citada facultad son de origen legal, dado que el papel que juega la negociación colectiva aún no se ha hecho notar⁴². El establecimiento de prioridades de permanencia como garantía de los trabajadores y las estrictas exigencias formales componen el núcleo duro de las limitaciones a la libre designación empresarial de trabajadores afectados por despidos, y a su vez, se instituyen como mecanismos de protección del trabajador frente a la una decisión arbitraria de extinción de la relación laboral.

El tercero de los límites a la citada facultad empresarial está constituida por las limitaciones generales previstas en el artículo 7 del RD de 24 de julio de 1889 (BOE de 25 de Julio), por el que se publica el Código Civil derivadas del ejercicio de cualquier derecho, que no son otras que el ejercicio del derecho conforme a las exigencias de la buena fe, la prohibición de fraude de ley y abuso de derecho. Éstas previenen la utilización de la citada facultad de forma abusiva o como medio para la extinción de contratos de trabajo que, de otra forma, no podrían finalizarse por resultar tal decisión discriminatorio. Esta limitación se ha constituido, desde antaño, como un recurso residual al que la jurisprudencia se ha referido para prohibir decisiones empresariales

⁴⁰ Para un estudio de la casuística en profundidad, me remito a Poquet Català, R. "Criterios de selección de los trabajadores afectados por despidos colectivos tras la reforma laboral de 2012" *Aranzadi Social: revista doctrinal*, Vol. 6, núm. 7, 2013, pág. 3-6 de la versión electrónica.

⁴¹ Vid. Goerlich Pesset, J.M. "Libertad de empresa y extinción del contrato de trabajo" Pérez De Los Cobos Orihuel, F. (Dir.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*. Instituto de estudios económicos, Madrid, 2005, pág. 234, que afirma una conexión entre la extinción del contrato de trabajo y el derecho al trabajo a través del análisis de la jurisprudencia constitucional.

⁴² En este sentido, la proximidad temporal de la incorporación como posibilidad de plasmar prioridades de permanencia a favor de otros colectivos ex artículo 51.5 TRLET no permite, aún, valorar el impacto de tal modificación normativa. No obstante, lo que sí se puede afirmar es que la posibilidad de incluir prioridades de permanencia en acuerdos en el marco de un periodo de consultas no puede contrastarse, toda vez que su contenido no es público y por lo tanto no se disponen de medios para observar si el precepto es de utilidad. Respecto a la negociación colectiva *la práctica muestra como son escasos los ejemplos de convenios colectivos que prevén criterios de selección a tener en cuenta en un hipotético despido, pues la negociación colectiva no ha aprovechado dicha oportunidad para suplir las deficiencias del ET e introducir criterios de selección atendiendo a las circunstancias y características personales y familiares de los trabajadores*, tal y como ha señalado Poquet Català, R. "Criterios de selección..." *op cit.*, pág. 8-9 de la versión electrónica.

que, de otra forma, estarían amparadas como manifestación del poder directivo. No obstante, ha perdido importancia en la actualidad, dado que las exigencias formales previstas por la norma junto a las prioridades de permanencia, tanto la prevista legalmente a favor de los representantes de los trabajadores como las negociables en sede convencional o en el periodo de consultas, han moderado el ejercicio de la citada facultad.

3.- La garantía de prioridad de permanencia en la empresa en caso de despido colectivo.

3.1.- Conceptualización general.

Como ya se ha anticipado de forma implícita, la prioridad de permanencia es el contrapeso de mayor importancia que permite equilibrar el ejercicio de la facultad empresarial de designar los trabajadores afectados por un despido colectivo.

En la actualidad, el único colectivo que goza del privilegio legal de *ultimidad*⁴³ en relación a la extinción de su relación laboral son los representantes de los trabajadores⁴⁴ ex artículo 51.5 TRLET y 68.b TRLET. Las razones de tal protección obedecen a una finalidad garantista *frente a posibles represalias empresariales por el desempeño de su labor representativa, por lo que hacen o por lo que potencialmente pudieran hacer en defensa del interés colectivo de los trabajadores*⁴⁵.

Salvo dicho colectivo, ninguna protección se confiere hacia otros colectivos, más allá de permitir que mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas se puedan establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad, lo cual llama poderosamente la atención.

Esta opción legislativa por la que se ha optado traslada a los agentes sociales la posibilidad de establecer prioridades de permanencia *ad casum* para colectivos diversos, lo cual es un arma de doble filo. En otras palabras, cede la posibilidad a las partes afectadas e interesadas de que sean éstas las que designen qué colectivos tienen prioridad de permanencia en caso de despido colectivo, transformando el establecimiento de tal garantía en contenido negociable. Parece positivo en términos de eficacia, ya que permite que los criterios de permanencia se adecúen a la organización empresarial, pero no parece *prima facie* un mecanismo que case con el mandato del artículo 9.2 C.E., que atribuye a los poderes públicos el deber de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas.

En este sentido, resulta a todas luces evidente que tal proceder otorga a la voluntad de las partes una potestad que ha de pertenecer, por lógica y naturaleza, a un ente ajeno al conflicto que vele por los intereses de aquellos colectivos que requieren especial protección. Esta configuración legal plantea cuestiones aplicativas⁴⁶ que, por

⁴³ Así ha sido señalado por Valdés Dal-Re, F., “La designación de los trabajadores...” *op cit.*, pág. 91, que identifica la prioridad de permanencia más bien como ultimidad en la designación de quienes serán afectados por la decisión empresarial extintiva.

⁴⁴ La expresión representantes de los trabajadores incluye a los representantes unitarios de los trabajadores, a los representantes sindicales y a los delegados de prevención ex artículo 37.1 de la Ley 31/1995, de 8 de Noviembre, de prevención de Riesgos laborales. Sin embargo, no permite añadir a dicha categoría aquellos candidatos proclamados pero todavía no electos así como tampoco los candidatos que tras las elecciones ostentan la condición de suplentes tal y como han señalado, respectivamente, las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala Social) de 9 de Octubre de 1989 (F.J. II) y de 13 de Septiembre de 1990 (F.J. III) y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala Social, Sección 1ª) núm. 1151/2011 de 4 de Mayo (Rec. 631/2011) F.D. XII.

⁴⁵ Vid. Vivero Serrano, J.B. “La designación de los trabajadores objeto de despido colectivo” *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 6, núm. 7, 2013, pág. 9 de la versión electrónica.

⁴⁶ Por ejemplo, qué colectivo ostenta mayor prioridad de permanencia en aquellos supuestos en los que existen trabajadores representantes de los trabajadores y trabajadores incardinados en colectivos con prioridad de permanencia fijada mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado en periodo de consultas, si la enumeración de

motivos de espacio no se desarrollarán, y en última instancia, genera consecuencias negativas que las sufrirán los citados colectivos necesitados de especial protección por sus dificultades de inserción laboral.

Desde una perspectiva de derecho comparado, conviene señalar que el sistema adoptado por el legislador español, un *tertium genus* que mezcla el establecimiento legal de carácter general de la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores y la posibilidad de establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos en sede convencional o mediante acuerdo en periodo de consultas, esto es en ámbitos mucho más reducidos y de naturaleza eminentemente temporal, escapa de la tónica europea⁴⁷. En particular, países como Francia⁴⁸ o Alemania⁴⁹ incorporan, tal y como se ha señalado por la doctrina⁵⁰, criterios de prioridad de permanencia para aquellos trabajadores/as con especiales dificultades.

En este orden de cosas, es absolutamente necesario que el legislador plasme de forma legal prioridades de permanencia en casos de despido colectivo a favor de colectivos cuyas circunstancias dificulten su mantenimiento en el mercado de trabajo, todo ello sin perjuicio de mantener una parcela de autonomía que, en ningún caso, puede pertenecer a las propias partes implicadas. En este sentido, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social es un organismo idóneo para la supervisión o confirmación constitutiva de prioridades de permanencia en el seno individualizado de despidos colectivos, facultad ésta perfectamente asumible mediante la ampliación del contenido de sus competencias, y en concreto, del informe previsto en el artículo 11 R.D 1483/2012.

3.2.- La prioridad de permanencia de las personas con discapacidad en los despidos colectivos.

La facultad de designar trabajadores afectados por un despido colectivo se halla limitada, como ya se ha reflejado anteriormente, por las prioridades de permanencia de colectivos que son determinados mediante un triple cauce: la ley, el convenio colectivo o acuerdos alcanzados en periodo de consultas. El legislador ha reservado la protección legal para los representantes de los trabajadores, de carácter general, permanente y disponible, y ha posibilitado el establecimiento de prioridades de permanencia a favor de otros colectivos mediante convenios colectivos y/o acuerdos en periodo de consultas, lo cual significa que la naturaleza de estos últimos sea de naturaleza temporal, circunscrito a un sector o empresa y de carácter negocial. En este sentido, la norma menciona como tales los trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad, sin perjuicio de que dicha enumeración no debe

los colectivos que preceptúa el artículo 51.5 TRLET es tasada o a título ejemplificativo, permitiendo así la inclusión de otros colectivos (Mujeres embarazadas, víctimas de violencia de género, expresidarios, etc) opción esta segunda que es la que parece más acertada; o bien que prioridad de permanencia prevalecería en caso de coexistir distintos colectivos protegidos en el convenio colectivo de aplicación y el acuerdo alcanzado en periodo de consultas.

⁴⁷ Así se pone de manifiesto por Morín, M.L. y Vicens, C., “Despido económico, flexibilidad empresarial y estabilidad del trabajador. Lecciones de una comparación europea” *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 120, núm. 1, 2001, pág. 55, que constata que *las cortapisas impuestas al empleador varían en intensidad (las de España son las menos restrictivas) y se confiere una función más o menos grande a la negociación colectiva [...]*.

⁴⁸ Un estudio en profundidad puede hallarse en Pérez De Los Cobos Orihuel, F., “El despido por causas económicas en Francia: Estudio especial del despido colectivo” *Actualidad laboral*, núm. 1, 1993, págs. 207-222; Martín Puebla, E. “Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos. La reforma del despido por causa económica en Francia” *Nueva revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 113 y 114, 2002, págs. 653-682 y 841-854.

⁴⁹ Véase Gómez Gordillo, R., “La extinción del contrato de trabajo en Alemania”, en Cruz Villalón, J. (Coord.), *La regulación del despido en Europa: régimen formal y efectividad práctica*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 41-71.

⁵⁰ Vid. Ginés Fabrellas, A. “Criterios de selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo” *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 3, núm. 14, 2010, pág. 10 de la versión electrónica.

entenderse tasada a tales colectivos, ya que la redacción del precepto constata en primer lugar el término *otros colectivos*, para, a continuación, identificar a título ejemplificativo a los citados colectivos.

Sin embargo, uno de los colectivos a los que mayor atención ha prestado el legislador ha sido las personas con discapacidad. En este sentido, nuestra *normarum* identifica mandatos concretos a los poderes públicos en pro de una integración plena y efectiva de las personas con discapacidad, y no son pocos los esfuerzos⁵¹ dedicados por el legislador a cumplir con tal cometido. No obstante, en los últimos años no se ha logrado cumplir de forma eficaz dicha voluntad constitucional.

En este orden de cosas, la perspectiva constitucional de integración y mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad no casa con el planteamiento formulado por el legislador en materia de prioridades de permanencia. Partiendo de la base de que el artículo 51.5 TRLET no incluye como colectivo protegido *ex lege* a las personas con discapacidad, la conjunción de la integración de las personas con discapacidad (Art. 49 C.E.) y de la política del pleno empleo (Art. 40 C.E.), tarea que el legislador no acaba de afrontar con éxito según los principales indicadores⁵², se convierte en un ejercicio de prestidigitación que en nada obedece al mandato destinado a los poderes públicos previsto en el artículo 9.2 C.E., esto es, a promover las condiciones idóneas para una integración real y efectiva en la sociedad.

Es cierto que el legislador confiere la posibilidad de que mediante convenio colectivo, ya sea estatutario o extra estatutario ante la falta de especificación, o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas se establezca la prioridad de permanencia de trabajadores con discapacidad, pero la naturaleza que se ha impregnado a dicha garantía es de carácter eminentemente temporal y sujeta a negociación, lo cual dificulta enormemente su aplicación efectiva. En este sentido, es inadmisibles que se someta a un proceso negociador *inter pares* el establecimiento de la facultad de permanencia, toda vez que la integración de las personas con discapacidad es un mandato constitucional cuyos destinatarios son los poderes públicos, y en consecuencia, no debería ser objeto de negociación por el empresario y los representantes de los trabajadores.

A ello, debe sumársele la escasa influencia que la cuota de reserva de puestos de trabajo destinados a las personas con discapacidad genera respecto a la prioridad de permanencia de éstas. Distintos autores⁵³ han tratado ya esta cuestión, cuya solución no es otra que la permisión de extinguir los contratos de trabajo de personas con discapacidad, sin posibilidad de excusar el cumplimiento de la citada obligación de reserva de puestos de trabajo, que deberá satisfacerse mediante la contratación de nuevos trabajadores con discapacidad hasta llegar al porcentaje exigido legalmente. Todo ello conduce a considerar que, en el mejor de los casos, la negociación colectiva podrá plasmar esta garantía pero su operatividad tendrá fecha de caducidad, que no será

⁵¹ Las bonificaciones de la cuota empresariales a la seguridad social de personas con discapacidad, las subvenciones económicas directas destinadas a la contratación de personas con discapacidad, las subvenciones destinadas al empleo con apoyo, la obligación de realizar ajustes razonables para adaptar los puestos de trabajo a las personas con discapacidad o la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, son algunos ejemplos que muestran la especial preocupación del legislador por el colectivo.

⁵² Los últimos datos facilitados por la Encuesta de Población Activa y de la Base Estatal de Personas con Discapacidad (Año 2012), publicada el 9 de Diciembre de 2013 y elaborada por el Instituto nacional de Estadística (INE), reflejan que la tasa de empleo es del 24,5 %.

⁵³ Vid. Esteban Legarreta, R. "Relación laboral ordinaria de las personas con discapacidad" en Romero Ródenas, M.J., (Coord.) *Trabajo y protección social del discapacitado*. Editorial Bomarzo, Albacete, 2003, pág. 80, 92-93; Fernández Domínguez, J.J. "La selección de los trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo y la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores" *Diario La Ley*, núm. 7414, 2010, pág. 10 de la versión electrónica; Poquet Català, R., "Criterios de selección de los trabajadores...", *op cit.*, pág. 18 de la versión electrónica.

otra que el fin de la vigencia del convenio colectivo. No obstante, los cambios introducidos por la reforma laboral de 2012 en materia de ultractividad, condenan a la renegociación perpetua de esta garantía, aumentando el riesgo de su desaparición.

La segunda de las opciones que prevé el legislador, esto es, mediante acuerdo en periodo de consultas, no es en absoluto idónea para conseguir los fines constitucionalmente perseguidos en relación a este colectivo. Los efectos del hipotético establecimiento de la prioridad de permanencia para las personas con discapacidad no se extenderán más allá del momento temporal de la ejecutividad de la decisión extintiva y este es el verdadero problema. Es una lástima que el legislador no haya optado por establecer la prioridad de permanencia de las personas con discapacidad en despidos colectivos a través del cauce previsto en los artículos 67 y 68 del RDL 1/2013, de 29 de Noviembre (BOE de 3 de Diciembre), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, esto es, como una medida de acción positiva. Pero aún entendiendo la imperiosa necesidad del legislador de no generalizar el establecimiento legal de esta garantía para otros colectivos que no fueren los representantes de los trabajadores, ninguna explicación se halla respecto a habilitar la designación de prioridades de permanencia mediante otros mecanismos que permitieran alargar temporalmente la eficacia de la garantía, tales como los acuerdos de empresa.

En cualquier caso, el planteamiento actual no supone ninguna contribución significativa a la integración y mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad, puesto que se traslada la negociación de una garantía a sujetos implicados en la decisión que, desafortunadamente, es sumamente habitual atendiendo al contexto de crisis económica en el que nos hallamos inmersos actualmente.

4.- Conclusiones

PRIMERA.- La facultad empresarial de selección de trabajadores afectados por un despido colectivo es una potestad cuya intensidad legislativa ha disminuido sensiblemente, lo cual ha perjudicado a todos los trabajadores afectados por un despido colectivo, y en especial a aquellos incardinados en colectivos que requieren especial protección, como por ejemplo personas con discapacidad, trabajadores con cargas familiares o mayores de 45 años, entre otros, ya que adolecen de un marco de mínimos que les proteja en situaciones de reestructuración empresarial.

El cambio de tendencia del legislador, que prioriza la autonomía privada del empresario, no se halla alineado con las exigencias que provienen de Europa, destinadas al establecimiento de un marco más garantista para los trabajadores, y ello ha cristalizado en una mayor importancia de los instrumentos internacionales ratificados por el Estado Español, y que se integran en el ordenamiento jurídico español *ex* artículo 96.1 C.E.

SEGUNDA.- La configuración actual de la citada facultad empresarial se caracteriza por su naturaleza formal, variable y limitada. Las exigencias formales cuyo incumplimiento puede suponer la calificación del despido como improcedente, sumado a la posibilidad de que su contenido sea objeto de modificación y limitación entre el empresario y la representación de los trabajadores definen a esta facultad como una potestad que pretende huir de la arbitrariedad e impregnar una finalidad garantista que pivota sobre la importancia del periodo de consultas y la trascendencia de la designación de los trabajadores afectados respecto a la adecuación de la causa de la extinción, ya que debe existir una correlación entre la causalidad de la extinción y los contratos a extinguir.

En cuanto a los límites que operan sobre la citada facultad, éstos pueden clasificarse en tres grandes grupos: causales, legales y los denominados generales derivados del ejercicio de cualquier derecho. Todos ellos aseguran el ejercicio no absoluto de tal facultad y previenen una utilización de la misma que obedezca, únicamente, a la estricta causalidad de la decisión extintiva.

TERCERA.- Dentro de las limitaciones establecidas legalmente a la citada facultad, destaca la prioridad de permanencia. El legislador ha optado por un *tertium genus*, marcando dos claros ámbitos en los que opera la citada garantía: el primero, de naturaleza permanente, general e indisponible, en el que ha incardinado a los representantes de los trabajadores; y el segundo, de naturaleza temporal, circunscrito a un sector o empresa y de carácter negocial, en el que se faculta a la parte empresarial y a los representantes de los trabajadores a establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos

Esta opción legislativa transforma el establecimiento de tal garantía a favor de otros colectivos en contenido negociable, pero difícilmente entendible desde una perspectiva constitucional ex artículo 9.2 C.E. En este sentido, la posibilidad de que una potestad que ha de pertenecer, por lógica y naturaleza, a un ente ajeno al conflicto se ceda a las partes implicadas genera consecuencias negativas que las sufrirán los citados colectivos necesitados de especial protección por sus dificultades de inserción laboral.

Por lo tanto, resulta necesario que el legislador retome el establecimiento legal de prioridades de permanencia a favor de otros colectivos, sin perjuicio de coexistir con una parcela de autonomía que, en ningún caso puede pertenecer a las partes. En particular, más plausible resultaría constituir a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social como organismo supervisor o incluso ratificador de eficacia constitutiva de las prioridades de permanencia en el seno individualizado de despidos colectivos.

CUARTA.- Finalmente, existe un colectivo, a saber las personas con discapacidad, cuya prioridad de permanencia establecida legalmente es una necesidad acuciante. El enfoque constitucional respecto a dicho colectivo, que prevé un marco de integración y mantenimiento en el mercado laboral, no casa con el actual escenario en materia de prioridades de permanencia. La traslación a las partes de la negociación de esta cuestión es inadmisibles, dado que el mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad es un objetivo cuyos destinatarios son los poderes públicos.

Sorprende cuanto menos que una garantía como esta se transforme en contenido negocial con fecha de caducidad, en el caso del convenio colectivo, o con una operatividad que no podrá extenderse más allá del momento temporal de la ejecutividad de la decisión extintiva, en el caso de los acuerdos en periodo de consultas.

La solución, que transita en torno a establecer la prioridad de permanencia de las personas con discapacidad como medida de acción positiva ex artículo 67 y 68 RDL 1/2013, sería una vía que contribuiría enormemente a la integración y mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad, atendiendo al contexto de crisis económica en el que nos hallamos inmersos actualmente.